



PROGRAMA DOCTORADO
Cuestiones Actuales del Derecho
Facultad de Ciencias Jurídicas

Trabajo de investigación realizado en el curso
Acompañamiento académico para la investigación

LA CIENCIA JURÍDICA: SU OBJETO Y LAS CRISIS PARADIGMÁTICAS

Autor(a): JOSÉ GERARDO GONZÁLEZ RIEGA

Tutor Académico: DR. JAIRO JOSÉ GUZMÁN GARCÍA

Agosto, 2016

UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

Programa de Doctorado “Cuestiones actuales del Derecho”



La ciencia jurídica: su objeto y las crisis paradigmáticas

Artículo de investigación presentado por:
JOSÉ GERARDO GONZÁLEZ RIEGA

Tutor académico:
Dr. Prof. D. Jairo José Guzmán García

Managua, Nicaragua, 12 de septiembre de 2016

La ciencia jurídica: su objeto y las crisis paradigmáticas

MSc. José Gerardo González Riega

RESUMEN

El autor sostiene que por el carácter instrumental del derecho en la sociedad, históricamente sus estudiosos han perdido de vista que éste es un objeto que se encuentra en la naturaleza y no un objeto cultural como sostienen los filósofos del derecho. Sostiene el autor esta teoría, a partir de la literalidad del concepto formulado, desde la filosofía, por José Ortega y Gasset “el derecho es una secreción espontánea de la sociedad” (Ortega y Gasset, J. 2005 p 45), considerando a la sociedad como el “medio ambiente natural específico de los seres humanos” (Savater, F. 2003. p 26). Realiza un somero *excursus* histórico de la evolución de los paradigmas del derecho; e incursiona, también someramente, desde la antropología, en la dinámica de lo que denomina cuerpos sociales, forma primaria y presocial de organización humana, proponiendo una estructura funcional en tres niveles que presenta a manera de círculos concéntricos, el nuclear de naturaleza moral, intolerante y de fuerza centrífuga; un círculo intermedio de retención, de naturaleza religiosa; y uno externo, de naturaleza política y alta tolerancia, con poder coactivo y fuerza centrípeta, en el que se manifiesta el derecho. Sostiene la necesidad de revisar el objeto de la ciencia jurídica desde esta perspectiva, para redescubrir el fenómeno jurídico y la función natural resiliente del derecho en la convivencia humana, aproximando el derecho a las ciencias naturales y al jurista como un científico con vocación social.

PALABRAS CLAVE

Resiliencia social; fenómeno jurídico; objeto del derecho; cuerpos sociales.

ABSTRACT:

The author argues that because the instrumental nature of law in society, historically its scholars have lost sight that this is an object found in nature and not a cultural object as legal philosophers argue. He support this theory, from the literalness of the concept formulated from philosophy, José Ortega y Gasset "law is a spontaneous secretion of society" (Ortega y Gasset, J. 2005 p 45), considering the society as the "average specific natural environment of human beings" (Savater,

F. 2003. p 26). Make a brief historical overview of the evolution of paradigms of law; and engages, also briefly, from anthropology, in the dynamics of what he calls social bodies, as primitive and presocial human organization form, suggesting a functional structure in three levels featuring manner of concentric circles: a nuclear, of moral nature, intolerant and with centrifugal force; A middle circle of retention, of a religious nature; and the external one, of political nature, with high tolerance, but with coercive power and centripetal force, in which law is manifested. He argues the need to review the object of legal science from this perspective, to rediscover the legal phenomenon and resilient natural function of law in human society, approximating the law to the natural sciences and the jurist as a scientist with social vocation.

KEY WORDS

social resilience; legal phenomenon; object of law; social bodies.

TABLA DE CONTENIDO

Introducción.- 1. El conocimiento, los objetos y la dialéctica de su aprehensión.- 2. El conocimiento del derecho y la evolución paradigmática.- 3. El fenómeno jurídico: la eidética del derecho.- 4. El individuo y el cuerpo social: su dialéctica interna.- 5. Causalidad; libertad y responsabilidad: perdida de la cualidad resiliente del derecho.- 6. Las propuestas paradigmáticas de los dos últimos siglos.- 7. Necesidad de una aprehensión científica del derecho y de una técnica instrumental resiliente del derecho.- Conclusiones.- Referencias.

INTRODUCCIÓN

La eidética de las manifestaciones del derecho radica en el fenómeno jurídico, cuya función es resiliente¹ de los cuerpos sociales en que se genera; tanto las

¹ Utilizamos las voces resiliencia y resiliente en su sentido etimológico original; el término resiliente es adoptado en el castellano como un anglicismo, sin embargo, según el Diccionario RAE, el *resilience* inglés que se traduce como resistencia, tiene sus raíces latina en las voces *resiliens*, *resilientis*, participio presente activo de *resilire* que significa “saltar hacia atrás, rebotar”, “replegarse”. El DRAE da como primera acepción la siguiente: Capacidad de adaptación de un ser vivo frente a un agente perturbador o un estado o situación adversos. Distintas disciplinas del conocimiento dan valor aproximativo al término: en derecho, “la resiliencia jurídica es la capacidad de las personas, dentro del marco general de los derechos humanos, de recuperar su estado original de libertad, igualdad, inocencia, etc. después de haber sido sometido a las

manifestaciones aprehensibles del derecho, como su esencia, el fenómeno jurídico pertenecen al conjunto de los objetos reales, concretamente a la realidad orgánica de los cuerpos sociales, de los que la sociedad es su forma evolucionada; por aclaración *ab initio*, cuando nos referimos a la realidad orgánica, lo hacemos intencional y decididamente relacionado con la materia orgánica y los seres vivos, volviendo la vista a las ciencias naturales y particularmente a la biología, considerando a los cuerpos sociales, entidades biológicas.

Todo proceso cognoscitivo, parte de la percepción de las cosas a su objetivación, como representación de lo percibido y se orienta con fines prácticos, la prágmatología de Ortega y Gasset²; la búsqueda de lo esencial en el plano fenoménico, no es entonces una preocupación primaria del cognoscente, si acaso, se ocupa de ello en un momento ulterior, cuando se pasa de la objetivación a la objetualización, entendiendo por objetivación representación y por objetualización, la clasificación ontológica de lo objetivado; relegando la objetualización a la filosofía que por lo general se aleja del conocimiento empírico, plataforma de lanzamiento de la ciencia, que a partir de la corroboración experimental de lo objetivado genera la técnica que cumple una función instrumental en el desarrollo.

El derecho se objetiva desde las manifestaciones del fenómeno jurídico, y a partir de su objetivación inmediata se instrumentaliza, sin descubrir su esencia ni su función resiliente; el concepto de orden coactivo, cualidad atribuida al derecho y la

acciones de fuerza del Estado. En sociología, es la capacidad que tienen los grupos sociales para sobreponerse a los resultados adversos, reconstruyendo sus vínculos internos, a fin de hacer prevalecer su homeostasis colectiva de modo tal que no fracase en su propia sinergia” (Significados, 2016); sin embargo, aunque tales aproximaciones son válidas, nos interesa, por precisión informativa del perfil que pretendemos dar a este trabajo, el sentido que se da a término “En el contexto de la ecología, la resiliencia es la capacidad de un determinado sistema en recuperar el equilibrio después de haber sufrido una perturbación. Este concepto se refiere a la capacidad de restauración de un sistema.” (Significados, 2016).

² «Cosas» significa en la lengua actual todo algo que tiene por sí y en sí su ser, por tanto, que es con independencia de nosotros. Mas los componentes del mundo vital son sólo los que son para y en mi vida -no para sí y en sí. Son sólo en cuanto facilidades y dificultades, ventajas y desventajas para que el yo que es cada cual logre ser; son, pues, en efecto, instrumentos, útiles, enseres, medios que me sirven -su ser es un ser para mis finalidades, aspiraciones, necesidades-, o bien son como estorbos, faltas, trabas, limitaciones, privaciones, tropiezos, obstrucciones, escollos, rémoras, obstáculos que todas esas realidades pragmáticas resultan, y, por motivos que veremos, el ser «cosas» sensu stricto es algo que viene después, algo secundario y en todo caso muy cuestionable. (sf p 26)

instrumentalidad de éste, subyuga a los grupos que se estructuran en los cuerpos sociales y sociedades, con pretensiones hegemónicas de poder.

Las manifestaciones del fenómeno jurídico, es decir el derecho, por generarse en los cuerpos sociales y las sociedades, de tardía objetivación, y muy precaria e imprecisa objetualización, son en principio rechazadas como objetos reales y consideradas por la comunidad epistémica como objetos culturales, lo mismo que la religión o la política, en consecuencia, la fórmula de la causalidad se aprecia inexistente, porque ésta es característica de los fenómenos naturales y es rechazada; basta citar, para demostrar este rechazo a dos exponentes de la filosofía del derecho del siglo pasado: Recasens Siches (1993 pp 16-28) y Hans Kelsen (1991 pp 15-9)

La historia de la humanidad, que es la historia del sujeto humano en convivencia, e historia del surgimiento evolución y transformación de los cuerpos sociales y las sociedades, aporta a la experiencia, la pendularidad del pensamiento jurídico y de los paradigmas que en torno a éste se generan y destruyen, pero sin trascender el objeto del conocimiento; la evolución teórica jurídica se aparta de la tendencia que se observa respecto de los grandes paradigmas científicos, porque estos no se mueven pendularmente sino que se construyen sobre las ruinas de los anteriores que van siendo derribados por nuevos descubrimientos que dan lugar a la formulación de nuevas teorías que permiten perfeccionar la técnica que a su vez permite avanzar en la búsqueda de nuevos descubrimientos.

En el plano del conocimiento jurídico, se hace necesario redefinir científicamente su objeto, atendiendo el fenómeno jurídico como realidad orgánica que se genera en los cuerpos sociales y la función resiliente de éste; y, sobre esta base, construir un nuevo paradigma que no responda a la dinámica pendular especulativa de las llamadas ciencias sociales, sino fundado sobre la observación empírica de los cuerpos sociales.

Es nuestra finalidad en este trabajo, espuntar algunos aspectos que merecen atención para construir ese nuevo paradigma del derecho como la ciencia que estudia, desde el carácter orgánico (biológico) de los cuerpos sociales, el fenómeno jurídico y la función resiliente instrumental de sus manifestaciones.

1. El conocimiento, los objetos y la dialéctica de su aprehensión

El sujeto humano observa el universo que le rodea y lo encuentra integrado por miríadas de cosas; sus congéneres incluidos, y el cuerpo social mismo al que pertenece, del que es inescindible. Esta acción de observar, no es llanamente ver o mirar las cosas inmediatas y sensorialmente perceptibles de su entorno; al observarlas hace de ellas, de cada una de ellas, una representación mental interrogándose si están o no a su alcance, para qué sirven, para que son o qué pueden llegar a ser, si puede aproximarse o si debe alejarse de ellas para protegerse, y si puede o debe intervenir sobre las mismas; luego corrobora empíricamente si la representación hecha se corresponde con la realidad observada e incorpora entonces a su acervo de herramientas, ya no la cosa identificada, sino la aplicación objetivada de su observación: “objeto es aquello que es o puede ser término de la actividad intencional del sujeto...” (Romero Montes, 2014, p 101)

Adam Schadt (1982), explica que, en torno a tres elementos comunes: sujeto, objeto y conocimiento, se estructuran por combinaciones distintas teorías del conocimiento que, de común tienen en su base, tres: una, mecanicista pasiva, en la que el sujeto se limita a captar sensorialmente el objeto y a representarlo; otra, “idealista y activista” (p 84) en la que el predomina el sujeto “que percibe el objeto de conocimiento como su producción” (p 85); y la tercera, que propone la interactividad de los dos primeros elementos: objeto y sujeto que

de modo contrario al modelo mecanicista del conocimiento para el que el sujeto es un instrumento que registra pasivamente el objeto, se atribuye un papel activo al sujeto que a su vez está sometido a condicionamientos diversos, en particular a determinismos sociales, que introducen en el conocimiento una visión de la realidad transmitida socialmente. Este tercer modelo también es lo opuesto al modelo mecanicista, pero al revés del idealismo subjetivo que escamotea en forma mística el objeto de conocimiento, sólo deja en el campo de batalla el sujeto cognoscente y sus productos mentales. Como contrapartida propone, en el marco de una teoría modificada del reflejo, una relación cognoscitiva en la cual el sujeto y el objeto mantienen su existencia objetiva y real, a la vez que actúan el uno sobre el otro. Esta interacción se produce en el marco de la práctica social del sujeto que percibe al objeto en y por su actividad. (Schadt, 1982 p 86)

Ese es el primer momento de la actividad cognoscitiva humana: la objetivación de los elementos inmediatos y perceptibles sensorialmente que integran el conjunto universal al que pertenece el sujeto; pero, aun y cuando él pertenece a ese universo, al observar lo hace en calidad de sujeto extraño del resto, elemento único de un subconjunto comprendido en el universal: el *yo* en el mundo.

Esta actitud cognoscitiva originaria, está siempre signada por el pragmatismo, el humano que observa no se pregunta primero qué son las cosas, sino para qué sirven; el conocimiento es, en ese estado, “una técnica para la comprobación de un objeto cualquiera o la disponibilidad o posesión de una técnica semejante.” (Abbagnano, 1999. p 216)

Un segundo momento del conocimiento, se produce cuando el cognoscente regresa a la cosa objetivada para preguntarse, sólo entonces, qué es el objeto, ya no la cosa, es decir la representación por él construida, e intenta desde el exterior de éste, de donde fue objetivado empíricamente con fines prácticos, descubrir o explicarse su naturaleza y darle un sitio en el conjunto de los objetos; es decir, del conjunto universal de las cosas, ha extraído el subconjunto de los objetos, aquellas cosas que se ha representado con fines prácticos. En este momento, el cognoscente adopta otra actitud: partió de la experiencia, ahora especula; ya ha objetivado la cosa, ahora la objetualiza, es decir, la clasifica y le da un sitio en el conjunto de los objetos, construyendo subconjuntos dentro del subconjunto de los objetos.

La técnica de la objetualización, a diferencia de la de la objetivación que es empírica, es especulativa; la demostración empírica de la representación transmite al sujeto la sensación de certeza, seguridad y finalidad del conocimiento adquirido, lo que le permite su reproducción simbólica que le permite comunicarla; mientras que la técnica especulativa genera en él opiniones que necesariamente están infestadas, contaminadas, por la finalidad práctica inmediata que condujo el proceso primario de objetivación.

A esta dualidad, resultante de la dialéctica cognoscitiva dedicó su atención Platón en La República: “resulta claro que reconocemos la opinión como algo distinto del saber” (Platón. s/f p 170) y lo graficaba, en el diálogo con Glaucón, al reflexionar en

la distinta calidad de lo que se ha objetivado como singular bello y la belleza, concluyendo que la aprehensión de que algo singular es bello, es *saber* (episteme) mientras que la abstracción belleza es *opinión* (doxa); “saber y opinión, son potencias, pero distintas, como decíamos, una de otra; por lo cual no cabe que lo cognoscible y lo opinable sean lo mismo.” (Platon. s/f. p 168)

El humano que ha transitado, desde el momento de su aparición, por tres edades que Lewis H. Morgan, en su obra *Ancient Society* (Engels, F. sf p 485), clasificó como salvajismo, barbarie y civilización, incorpora a su quehacer, paso a paso, los conocimientos que resultan de su interrelación dialéctica con ese universo ontológico.

No deja de sorprendernos que el lenguaje articulado se haya logrado, según Engels (s/f p 485) en el estadio inferior del salvajismo; sin duda una edad muy temprana de la humanidad ya que el lenguaje articulado sólo es posible en virtud de un complejo proceso que inicia con la representación mental de las cosas y los fenómenos externos que se observan, para terminar con la objetivación de tales cosas y fenómenos mediante la codificación, emitiendo sonidos convencionales entre congéneres. Este dato es verdaderamente revelador de la importancia del lenguaje, que resultante del conocimiento humano, se convierte a su vez en herramienta del conocimiento.

El lenguaje, como código de símbolos que permite objetivar las cosas, evoluciona en una suerte de paralelismo con la técnica; de las primeras comunicaciones rústicas y simples que debieron ser poco menos que gruñidos onomatopéyicos, algo que sucedió, si aceptamos a Lewis, hace casi doscientos mil años, al momento en que la técnica, resultante del conocimiento permitió, entre otros, el dominio de los metales, hace apenas entre cinco y diez mil años, mucha agua corrió bajo el puente y la actividad cognoscitiva, con su correa de transmisión, el lenguaje, se ocupó en descubrir y objetivar ya no cosas y fenómenos perceptibles sensorialmente en la naturaleza física circundante, sino conceptos de orden abstracto no especulativo, corroborables, pero siempre cargados de finalidad práctica, tales como los números, las figuras o los colores; además de otros propios del *yo*, como los sentimientos, los estados anímicos, las expresiones estéticas y las conductas: objetivación que podemos llamar cultural, sicológica y sicosocial:

Tales objetos no son propiamente vida humana auténtica, es decir, vida viva, pero constituyen rastros, huellas, resultados o productos de vidas humanas. Estas cosas constan de ingredientes materiales (por ejemplo el mármol de la estatua, o el papel y la tinta del libro) o psíquicos (verbigracia el recuerdo de una virtud o de una canción); pero su ser esencial, lo que *peculiarmente son* no consiste en esos componentes, antes bien consiste en su *sentido o significación*, esto es, en constituir la expresión de unas intencionalidades humanas de conocimiento, de arte, de política, de economía, de técnica, etc.

Tales objetos, en tanto que ya hechos, ya realizados, son *vida humana objetivada*. Y en tanto que revividos, repensados, reutilizados, reactualizados por nuevas gentes, constituyen *vida humana revivida, vida humana reactualizada*. (Recasens Siches, L. 1993. p 25).

La antropología en Lewis Morgan y la economía en Engels, ubican la transición de la barbarie a la civilización en el momento en que el humano ha conquistado, por el conocimiento, la técnica de la alfarería, pero descuidan un tanto su atención, por lo que hace al conocimiento de estos otros objetos, los culturales, sicológicos y sicosociales. Fernando Savater reflexiona al respecto en los siguientes términos:

La auténtica humanidad no comienza cuando los antropoides son capaces de fabricar un puchero de barro, sino cuando lo decoran con una cenefa geométrica que en nada mejora su utilidad pero realza su prestancia o cuando se adornan la frente con una diadema de flores. (2003. p 54)

Así, podemos decir que la dialéctica del conocimiento, parte de lo empírico práctico y se eleva luego a planos de abstracción especulativa, generando objetos “irreales” de los que se sirve para objetivar ideas, síntesis genéricas y sentimientos; pero, en el ámbito de la convivencia, descubre otras cosas reales, que se suelen asimilar en el proceso de objetualización, a los objetos culturales; es decir el sujeto no se percató que descubre, cree que crea, por cuanto esos objetos no parecen estar presentes en la naturaleza; pero este *no parecen estar*, no significa que no estén; lo que sucede es que solemos considerar en la naturaleza, sobre todo en los albores del conocimiento, únicamente lo externo al *yo* que es perceptible sensorialmente, sin reparar por un lado, en el hecho generalmente aceptado de los límites de nuestros sentidos; y por otro lado,

en que la naturaleza, digámoslo con alguna vaguedad, lo físico, está en constante expansión generativa.

La objetivación de esas otras cosas que parecen no estar en la naturaleza, además de ser tardía, respecto del desarrollo del conocimiento, es inexacta, por no decir imprecisa y hasta precaria, porque, al ser considerados culturales, sicológicos o sicosociales, lo que tiende a objetivarse suelen ser los aspectos de su exteriorización en el contexto de la vida en sociedad; el hecho que por causa de ese estigma pragmático del conocimiento, busquemos el *qué son* las cosas, desde afuera hacia adentro, nos termina provocando espejismos y desviaciones cognoscitivas, perdiéndonos en la búsqueda y apartándonos del *ser* buscado, al confundirlo con el *qué es*; porque al *qué es* respondemos con lo que percibimos y comparándolo con lo que conocemos, lo objetualizamos, dándole pertenencia a un género, negándonos, por parecer ocioso, a practicar una nueva incisión exploratoria frente al “misterio” del que incluso negamos su existencia. Miguel García-Baró expone: “un sutil engaño de la ciencia, que precisamente Husserl no se cansó de debelar, consiste en tratar de convencernos de que solo existen los problemas, y nunca los misterios. Es una posición perfectamente antifilosófica, que técnicamente se llama positivismo.” (2015 p 15)

De tal manera que del conocimiento empírico práctico, pasamos al especulativo abstracto, y de este al cultural, sicológico y sicosocial, identificando así: objetos reales, objetos ideales y objetos culturales; pero al dar el paso de lo empírico a lo cultural, se nos quedan atrás los cuerpos sociales, la necesidad natural de convivencia humana y la sociedad misma, como la conocemos hoy y sus fenómenos internos.

Desde distintas disciplinas del saber suele haber coincidencia en aceptar que existe una relación inescindible entre el individuo humano y la sociedad y que no es posible la existencia del sujeto, sino es integrado a un cuerpo social:

...para salir de la animalidad, para realizar el mayor progreso que conoce la naturaleza, se precisaba un elemento más: remplazar la carencia de poder defensivo del hombre aislado por la unión de fuerzas y la acción común de la horda... La tolerancia recíproca entre los machos adultos y la ausencia de celos constituyeron la primera condición para

que pudieran formarse esos grupos extensos y duraderos en cuyo seno únicamente podía operarse la transformación del animal en hombre. (Engels, F sf p 495)

No estamos determinados a vivir en ningún paisaje ni en ningún clima, pero sí a convivir con semejantes que nos enseñen y ayuden. El medio ambiente natural específico de los seres humanos es la *sociedad*. (Savater, F. 2003. pp 25-26)

Ahora bien: convivencia y sociedad son términos equipolentes. Sociedad es lo que se produce automáticamente por el simple hecho de la convivencia. De suyo, e ineluctablemente, segrega ésta costumbres, usos, lengua, derecho, poder público. Uno de los más graves errores del pensamiento “moderno”, cuyas salpicaduras aún padecemos, ha sido confundir la sociedad con la asociación, que es aproximadamente lo contrario de aquélla. Una sociedad no se constituye por acuerdo de las voluntades: Al revés: todo acuerdo de voluntades presupone la existencia de una sociedad, de gentes que conviven, y el acuerdo no puede consistir sino en precisar una u otra forma de convivencia, de esa sociedad preexistente. La idea de la sociedad como reunión contractual, por lo tanto, jurídica, es el más insensato ensayo que se ha hecho de querer poner la carreta delante de los bueyes. Porque el derecho, la realidad “derecho” –no las ideas de él del filósofo, jurista o demagogo-, es, si se me tolera la expresión barroca, secreción espontánea de la sociedad, y no puede ser otra cosa. (Ortega y Gasset, J. 2005 pp 44-45)

La convivencia que resulta de la necesidad original del humano de defenderse y sobrevivir en la naturaleza, no es consecuencia de una decisión o acuerdo de voluntades, sino intrínseca de la naturaleza humana que genera y se genera en cuerpos sociales que no son la suma simple o el conjunto de los individuos.

Los cuerpos sociales son entidades orgánicas distintas de los individuos que las integran simbióticamente, en cuya función sistémica se funden los individuos que no pueden subsistir, ni siquiera existir, aislados, a la manera de la relación de la espóra de coral y la colonia de esa especie; al constituirse como sistema orgánico el cuerpo social pertenece al conjunto de los objetos reales, orgánicos, y desarrolla funciones que son propias no de los individuos aislados, sino de esa entidad orgánica viva, generada por la convivencia.

A las “costumbres, usos, lengua, derecho, poder público” que Ortega, asimila a las secreciones de los seres orgánicos, deben agregarse, o más que agregarse, presuponerse las funciones y los órganos vitales del cuerpo social del que segregan: moral, religión y política, son al menos, las funciones básicas vitales de los cuerpos sociales más simples y primitivos, de las que dependen sus posibilidades de desarrollo y reproducción; los cuerpos más evolucionados generan otras funciones, como la económica; estas funciones y los órganos que las desempeñan, son también objetos del conocimiento, pero a diferencia de los objetos ideales, son objetos reales, existentes en la naturaleza original de los cuerpos sociales, con la salvedad, debe ser dicha, que el individuo conserva cualidades tales como su singularidad, su extrañeza, su asombro y su capacidad de conocer, lo que le permite, aislado dentro del cuerpo o sirviéndose de los grupos que en su seno se estructuran, instrumentalizar incluso las funciones del cuerpo, a través de sucedáneos de sus exteriorizaciones y crear artificialmente órganos en él, que operan a la manera de la manipulación genética.

Los fenómenos que se generan en los cuerpos sociales originarios, con excepción de la sociedad, moderna y posmoderna, que considerada idealmente es objeto de la sociología, o históricamente es objeto de la antropología, no han sido hasta el momento objetivados adecuadamente, precisamente por el estigma de lo práctico inmediato que ha signado el conocimiento; si acaso, han sido considerados como objetos de la filosofía de la era moderna y contemporánea, caracterizada por su profunda separación de la ciencia; tal es el caso de la ética, la religión y la política.

2. El conocimiento del derecho y la evolución paradigmática

Hecho el reconocimiento anterior de la dialéctica del conocimiento, enfrentemos nuestro problema: ¿Qué es el Derecho y cómo ubicarlo en el universo? Los autores con que solemos entrar en contacto cuando iniciamos nuestros estudios jurídicos, suelen introducirnos presentándonos el panorama del día a día del hombre común y su incesante, permanente e inevitable contacto con múltiples apariciones, que aunque disímiles entre sí, tienen todas el denominador común del valor jurídico que identificamos como derecho.

En sus singulares manifestaciones, el derecho es percibido por cada sujeto, casi desde el momento en que éste sale del sueño fisiológico y entra en la inevitable red de la convivencia, hasta que se retorna a la inconsciencia reparadora; en la satisfacción de sus más básicas necesidades, en la búsqueda del confort y la seguridad, en la realización de las actividades que le proveen los elementos para su subsistencia, en las que realiza para alimentar su espíritu; en fin, no hay prácticamente parcela de la cotidianidad del individuo que sea ajena a la percepción, en las conductas de relación intersubjetiva, de ese algo, permanentemente presente pero de escurridiza aprehensión que es lo jurídico; lo que ha suscitado desde tiempos inmemorables la consciente necesidad de objetivarlo.

Sarlo (2010, p 414), nos recuerda una anécdota, que recogió en sus textos Manuel Atienza, cuando Carlos Cossio y Hans Kelsen enfrentaban cara a cara sus teorías: la Ecológica y la Pura; Cossio espetó a Kelsen, retándolo, que mencionara “un solo ejemplo de conducta en interferencia intersubjetiva que no fuera derecho” y el profesor de Berkeley ya un tanto incómodo por la confrontativa situación respondió: *“eh bien, mon vieux!; faire l’amour...”* Desde luego que la respuesta causo hilaridad en la audiencia y facilitó a Kelsen la salida, pero fue irreflexiva, puesto que el hacer el amor tiene muchas implicancias jurídicas posibles, partiendo de establecer si hay formación del consentimiento en situación de agitación y deseo.

Suman ya miles los años que los hombres de ciencia llevan preguntándose, desde el *para qué*, que permite la objetivación de las cosas, el *qué es* el derecho; es decir objetualizarlo, y no han sido pocas ni simples las respuestas que se han creído descubrir, sin que podamos decir hoy que las actuales, están firmes y seguras en sus posiciones epistemológicas.

Vallet de Goytisolo (2004, pp 5-49) realiza un interesantísimo recorrido que inicia en la Roma clásica y culmina en el siglo XX, sobre lo que él expone como una “Diversidad de planos superpuestos y cortes verticales” de una perspectiva histórica de las metodologías jurídicas, es decir: paradigmática. Inicia su ensayo con la siguiente presentación:

Una visión panorámica de la perspectiva histórica de las metodologías permite observar cómo, a través de sus diversos periodos, el núcleo de su estudio ha variado de ubicación temática, situándose en diversos planos. A la par, nos ofrece, también en perspectiva, tres cortes verticales, a través de los cuales, y de arriba abajo podemos observar desde la determinación de los principios generales hasta la concreción de lo justo del caso, y después observarlos según teóricamente han sido contemplados. (p 5)

Los tres cortes que emplea para construir la panorámica, son la teoría, la práctica y la técnica del derecho occidental. Echamos en falta en este recorrido, por la finalidad misma de su investigación, el componente antropológico, que nos permitiría comprender cómo la convivencia humana transitó, de las manadas plurimachos u hordas, a la Ciudad-Estado, momento a partir del cual el autor inicia su investigación, la Roma clásica, así como las reflexiones constructivas que sobre el derecho se hicieron, o se pudieron haber hecho, en situación y las que desde la lejanía prehistórica podemos hoy hacer.

Los estudios antropológicos de Lewis Morgan, base del ensayo de Engels sobre los “Orígenes de la familia, la propiedad privada y el Estado”, nos aportan pistas del surgimiento de ese “fluido glandular” que junto a otros de la misma naturaleza y generación, como el lenguaje, la moral y la religión, son amalgamantes de los grupos humanos y fuentes de su crecimiento y desarrollo; por ejemplo, el paso de la promiscuidad sexual reproductiva a la familia punalúa y, el paso de ésta a la *genea* o *gens*:

La palabra latina *gens*, que Morgan emplea para este grupo de consanguíneos, procede, como la palabra griega del mismo significado, *genos*, de la raíz aria común *gan* (en alemán -donde, según la regla, la *g* aria debe ser reemplazada por la *k*- kan), que significa "engendrar". Las palabras *gens* en latín, *genos* en griego, *dschanas* en sánscrito, *kuni* en gótico (según la regla anterior), *kyn* en antiguo escandinavo y anglosajón, *kin* en inglés, y *künns* en medio-alto-alemán, significan de igual modo linaje, descendencia. Pero *gens* en latín o *genos* en griego se emplean esencialmente para designar ese grupo que se jacta de constituir una descendencia común (del padre común de la tribu, en el presente caso) y que está unido por ciertas instituciones sociales y religiosas, formando una comunidad particular... (Engels s/f p 536)

Explica Vallet que por el carácter práctico y concretista de la cultura romana, en su era arcaica y aún en la clásica republicana, los pontífices y los jurisconsultos centraban la atención, desde sus distintas posiciones en la ciudad; los primeros, desde su posición en el culto religioso, desde el *cavere*, procurando a los ciudadanos el consejo de cuidado que merecían los negocios a los que se abocaban, y los segundos, desde el *respondere* procurando soluciones justas a las situaciones conflictuales.

la intuición era la primera y más básica cualidad requerida en los jurisconsultos; pero esta intuición consistía en una comprensión del *ontos* de las cosas y de su *virtus*, que se cultivaba en su específica educación, y que les capacitaba para la *inventio*, el descubrimiento, de lo que Kaser ha denominado «derecho natural romano antiguo», expresado en las *mores maiorum*... (Vallet de Goytisolo. 2004 p 6)

El método entonces, suponía objetivar las situaciones, reconocer en ellas las intenciones de los sujetos intervinientes y subsumirlas en las costumbres de los antepasados que eran continente de lo que hoy podríamos llamar principios del derecho. Este modelo de trabajo jurídico se fue ocultando durante el imperio, dada la vastedad territorial y la necesidad de coherencia frente a la naturaleza pluricultural de los ciudadanos, siendo sustituida por constituciones y rescriptos imperiales, como manifestación de formulación normativa *ex ante* y por las recopilaciones de las interpretaciones de los jurisconsultos; pero, no pretendemos reproducir el itinerario de Vallet de Goytisolo, sólo establecer como desde el primer momento en que la percepción humana registra el objeto jurídico, la actividad cognoscitiva intenta “realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica” (Kuhn, T. 2004 p 13); realizaciones que Thomas Kuhn denomina paradigmas, cuyo estudio “prepara principalmente al estudiante para entrar a formar parte como miembro de la comunidad científica particular con la que trabajará más tarde” (Kuhn, T. 2004 p 32)

Siguiendo a Kuhn y las citas anteriores, se establece que la realización científica que se constituye en paradigma, debe ser universalmente reconocida, aceptado tal presupuesto, entendemos que ni la metodología originaria romana, ni el resto de las que a lo largo de su investigación nos presenta Vallet, llegaron a constituirse en

verdaderos paradigmas, independientemente de que cada una haya sido útil para el conocimiento durante algún tiempo; para mejor ilustrar su planteamiento explica Kuhn que el primer paradigma de la ciencia óptica física sólo se concretó con Newton, lo que no significa que quienes le precedieron en el conocimiento del fenómeno no hayan sido verdaderos científicos, era la particular parcela del conocimiento la que no estaba madura como ciencia: “La historia de la investigación eléctrica durante la primera mitad del siglo XVIII proporciona un ejemplo más concreto y mejor conocido del modo como se desarrolla una ciencia, antes de que cuente con su primer paradigma universalmente aceptado.” (Kuhn, T. 2004 p 38)

El épico debate entre Kelsen y Cossio, hace apenas sesenta y seis años en Buenos Aires, nos revela la precariedad paradigmática del derecho y la pugna de dos teorías, que lejos estuvieron de ser las únicas, por establecerse como tales; obviamente que el conocimiento no camina la misma ruta en las ciencias físicas experimentales (ciencias naturales) que en las llamadas ciencias sociales; en las primeras, el carácter experimental de la corroboración, las obliga a madurar más rápidamente que a las segundas, de las que incluso en concepto genérico es dudoso; mientras que a las primeras se corresponden paradigmas más estables en el tiempo y más universales en el reconocimiento, a las segundas se corresponden diversidad de teorías contradictorias e inestables que cuando se pretenden imponer como paradigmas, ligeramente contruidos, caen por el suelo, como la casa de paja del cuento infantil, por el soplido del lobo.

“En el ámbito científico un paradigma refiere a un modelo epistemológico, el cual – expone Dodds Berger- provee de un contexto para el desarrollo de las diferentes teorías y explicaciones, a través de una serie de directrices.” (2011 p 102) y completa su exposición citando a Andrew Arato que conceptúa el paradigma de las ciencias sociales, como “una forma de diagnóstico, basada en una reconstrucción racional de formas de consciencia, filtradas y sintetizadas en una teoría, que busca orientar la acción”.

Hasta hoy día, en toda teoría del derecho con pretensiones paradigmáticas, se incorporan aspectos de naturaleza moral, religiosa o política; el recorrido de Vallet de

Goytisolo es abundante en estas consideraciones a las que se refiere como “planos superpuestos”:

...en los cuales se han centrado, según los períodos, tanto los intentos metodológicos que se han efectuado como las polémicas que les han acompañado. Son los niveles: teológico, filosófico, científico -estos dos centrados en el conocimiento de las cosas-, político-legislativo y práctico, ya sea éste realizado genéricamente de modo consuetudinario, o bien en la realización individualizada del derecho -ya se realice esta individualización de modo consensuado o resolviéndola conflictualmente. Este último doble plano práctico se nutre intelectualmente de los anteriores. (2004 pp 5-6)

La dificultad para construir un verdadero paradigma, estable y de universal aceptación que permita la maduración científica de lo jurídico, en nuestro criterio, se deriva de dos hechos: 1) no se ha logrado objetivar el derecho, porque los esfuerzos se han dirigido a aprehenderlo desde sus representaciones, tan disímiles y variadas que resulta difícil aprehender su esencia; y, 2) su carácter instrumental en interés de la política, ha llevado a impregnarlo del carácter de una técnica en interés de los grupos o clases que dentro de los cuerpos sociales aspiran a detentar o detentan el poder.

El primer paso que debemos dar, y es encomiable el esfuerzo que en tal sentido realizó Recaséns Siches, es dotar al derecho de un lugar en el universo de los objetos; es decir, objetualizarlo y no objetivarlo a partir de sus apariciones y representaciones. Recasens, va por defecto, excluyendo a qué plano de los objetos no pertenece el derecho; desecha primero su pertenencia a la física inorgánica: “El Derecho, en tanto que producto humano, está lleno de *sentido*... los fenómenos de la naturaleza se explican por sus causas y sus efectos; pero carecen de toda *significación*...”; pasa luego a descartar su pertenencia a la materia orgánica, ya que a los objetos que a ésta pertenecen, les reconoce una función de finalidad, pero esa finalidad orgánica es distinta de la finalidad propósito:

... la finalidad humana consiste en que los hombres, *ellos mismos, se proponen la consecución de determinadas metas*, y ellos mismos buscan los medios adecuados para esto y ponen en práctica deliberadamente tales medios. Por el contrario, la finalidad en la estructura y en el funcionamiento de los miembros de un organismo biológico no

pertenece a tales miembros, no ha sido puesta esos miembros, no es algo que tales miembros hayan elegido y que se hayan propuesto, pues ellos carecen de conciencia.
(p.10)

Queremos dejar sentado que no compartimos la negación de pertenencia del derecho a la materia orgánica; nos atrae significativamente y nos engolosina Ortega y Gasset con esta idea: "...el derecho, la realidad 'derecho' –no las ideas de él del filosofo, jurista o demagogo-, es, si se me tolera la expresión barroca, secreción espontánea de la sociedad, y no puede ser otra cosa" (2005, p.45); sólo es reprochable a este genial planteamiento el carácter de espontaneo que le atribuye, no hay espontaneidad en su generación, sino reacción resiliente, pero consideramos que a través de esta formulación Ortega ha hecho un gran descubrimiento epistemológico: si el derecho es secreción espontánea de la sociedad y la sociedad es un ente que pertenece al universo de la materia orgánica; sin negar validez a la opinión de Recaséns en cuanto a que la "cultura es vida humana objetivada" y que el derecho es cultura; la cultura misma podría encontrarse en el mundo de la materia orgánica, tal como la libido de Freud, y encontrar en el derecho antes que una finalidad-propósito, una finalidad-función; lo cierto es que existe una dimensión extensa del derecho, entendido como fenómeno social, en este sentido fenómeno jurídico; y una dimensión estrecha del derecho como sistema normativo, objetivo y positivo; desde la dimensión estrecha, es aceptable la afirmación de que no pertenece a la materia orgánica; pero, desde su dimensión más amplia, tal afirmación deviene cuestionable ya que si observamos cuidadosamente, su finalidad-función es cohesiva, amalgamante de los cuerpos sociales como realidades orgánicas distintas de los individuos singulares que los integran.

Antes de volver sobre la interrogante de si el derecho pertenece al plano de la materia orgánica, quisiéramos concluir, junto a Recaséns, su ruta de negaciones, ya que como dice éste (1993 p. 7): "en filosofía y en ciencia, la obtención de una negativa, el cierre de un camino muerto, puede tener tanta importancia como el logro de una afirmación".

El tercer círculo indagatorio lleva a nuestro Virgilio a negar que el Derecho sea reducible a una realidad mental, ya que dice de los fenómenos mentales, que participan como los naturales de la causalidad, aunque compartimos con él que el Derecho no es una realidad mental, nos parece que en su argumento confunde la actividad psicológica con la lógica, o reduce la actividad psicológica a la psiquis del sujeto singular, obviando, por un lado, que existe también una psiquis social, y por el otro, que la causalidad no es ajena al fenómeno jurídico, lo que pasa es que estamos acostumbrados a observar la relación de causalidad, en el plano experimental, en fenómenos de corto plazo; tendemos también a negarla, cuando en la apariencia inmediata del cumplimiento de la conducta ordenada o en la observancia de la prohibición jurídica por su destinatario, interviene el libre albedrío, y el efecto que sería consecuencia inmediata de la causa, no se produce *ipso iure*.

Niega también, descendiendo al siguiente círculo y con un sesgo positivista, que el Derecho pertenezca al universo de las ideas puras, o al mundo de los *seres ideales*; en este análisis se aproxima a lo planteado por Lorini (2000 p 60), en tanto los objetos o entidades ideales son inespaciales e intemporales, una idea pura es distinta del acto de pensarla, las ideas puras pueden ser pensadas, entendido aquí el pensar como la posibilidad de comprender por la razón, distinto del pensar como acto creador; pensar, así comprendido, puede significar, tanto aprehender razonablemente lo idealmente existente, como crear algo previamente inexistente. En este punto de análisis, nuestro autor nos propone el ejemplo de pensar simultáneamente, dos o más personas un número determinado y concluye que estaremos en presencia de dos actos de pensamiento distinto, pero de un mismo intemporal e inespacial objeto; en cambio, dice Recaséns, (1993 p11): “el Derecho no es una idea pura, pues un código no existe antes de haber sido elaborado. Un código ha nacido gracias a una obra humana”. La conclusión de Recaséns es inexacta; es cierto que un sujeto pensante puede construir un código, más aún, si dicho sujeto se acompaña de poder coactivo, pudiera no sólo objetivar su pensamiento, sino hacerlo asumir como norma de conducta imperativa por el resto de los individuos de un determinado cuerpo social: pasar de la abstracción mental a la objetivación y de ésta a su positivación, pero si estos dos estadios de la norma, no son resultantes de una forma superior de pensamiento: el pensar colectivo,

difícilmente su positividad perdurará, o lo que es peor, el efecto que dicha norma no pensada colectivamente, tendrá en el estado del cuerpo social, podría ser nefasto, incluso de disolución, basta comparar a Draco con Solón en la antigüedad griega o algunos sistemas políticos autoritarios de más reciente data, de hecho no es concebible un trabajo como el que desarrollamos que no incluya la cita de san Agustín que legitima el desconocimiento de la autoridad política y la rebelión frente al autoritarismo despótico.

Con ciertos tropiezos teóricos que hemos barruntado, nuestro Virgilio nos deja en el umbral del paraíso, “la localización de lo jurídico en la vida humana” (Recasens, 1993, p 16); sin embargo, como para que no quede duda del sitio en que coloca lo jurídico enfatiza: “la vida es siempre la vida de cada uno, la mía, exclusivamente propia, individual, única, intransferible, incanjeable, insustituible”: ¡Bien dicho!... pero nos obliga, por precisión, a la siguiente reflexión, prestando de Ortega y Gasset la lámpara de Diógenes, encontramos una diferencia nada sutil por cierto, entre lo humano y lo social, esa vida “exclusivamente propia, individual, única, intransferible, incanjeable, insustituible”, humana, es distinta de la faceta social de la vida: “mi dolor de muelas *sólo* a mí me puede doler” grafica Ortega (sf. p 4) y explica: “el hecho social no es un comportamiento de nuestra vida humana como soledad, sino que aparece en tanto en cuanto estamos en relación con otros hombres. No es, pues vida humana en sentido estricto”; con precisión distingue entre el hecho humano y el hecho social, el Derecho, en tanto objeto no es propio de la vida humana, sino de la vida social. Al llegar a este punto, en relación con el fenómeno jurídico, su ubicación y dimensión, no nos queda más camino que separarnos de Recasens; no porque neguemos la singularidad irrepetible de cada ser de la especie humana, sino porque el sujeto humano, sólo puede existir en convivencia y en sociedad, siendo equipolentes extremos, ni el ser singular puede existir al margen del cuerpo social, ni éste sin el ser singular; el libre albedrío del sujeto es propio de su vida humana, pero tiene un ámbito de existencia, un sentido y un límite: la vida social. Nadie es libre sino es en sociedad; la más íntima e intensa de las libertades no tiene significación relevante para la vida humana, propiamente dicha, sólo puede existir en el ambiente

en que adquiere relevancia y sentido: en convivencia y sociedad; sin nadie, ni nada que me detenga, condicione o invite... ¿qué es la libertad?

Concluimos este apartado, proponiendo sólo para fines didácticos, separar primero las “apariciones” que en la cotidianeidad objetivamos como derecho de su hecho generador, identificándolas como formas instrumentales de exteriorización de un fenómeno, al que llamaremos fenómeno jurídico, cuya tangibilidad empírica es posible, mediante técnicas históricas, sociológicas y antropológicas en los cuerpos sociales; y aprehendido éste, ubicarlo como objeto, en el ámbito de la realidad orgánica pura y dura, tomando con literalidad y no como barroquismo la idea orteguista de ser el derecho “secreción espontanea de la sociedad” (2005, p 45). Esa “secreción” es el fenómeno jurídico.

3. El fenómeno jurídico: la eidética del derecho

Sabemos de antemano las dificultades experimentales y metodológicas para dar soporte teórico a nuestra propuesta y que frente a ésta, las reacciones inmediatas serán, por muchos, de absoluto rechazo, porque las leyes experimentales que permiten aprehender la realidad orgánica no parecen ser aplicables, sobre todo cuando se limita el objeto de estudio a las representaciones de las manifestaciones exteriores del fenómeno; y en el mejor de los casos, la reacción de otros será de una compasiva mirada que con ánimo tutorial nos invitarán a rectificar, considerando nuestra propuesta, resultante de un error de ubicación epistémica, tratando de llamar nuestra atención hacia la sociología jurídica o hacia la antropología jurídica que, dicen, ya se encargan de explicar el fenómeno jurídico en el ámbito de la sociedad y su desarrollo histórico. Los primeros ni siquiera merecen otra respuesta que no sea la talla de nuestro sanbenito, porque tienen la misma mentalidad que transmitió Bellarmino a Copérnico en 1616, -realmente no había entonces forma de probar experimentalmente que la tierra giraba en torno al sol, pero *eppur si muove*, como mascullo Galileo luego de su retractación-; a los segundos, los invitamos a participar de las siguientes reflexiones:

Sartre, en “El ser y la nada” (1993 p 3) escribe:

...conviene plantear a toda ontología una cuestión previa: el fenómeno de ser, así alcanzado, ¿es idéntico al ser de los fenómenos? Es decir: el ser que se me devela y me aparece, ¿es de la misma naturaleza que el ser de los existentes que me aparecen? Parecería no haber dificultad: Husserl ha mostrado cómo siempre es posible una reducción eidética, es decir, cómo se puede siempre ir más allá del fenómeno concreto hacia su esencia; y para Heidegger la «realidad humana» es óntico-ontológica, es decir, puede siempre trascender el fenómeno hacia su ser.

Tomemos un ejemplo comparativo para aproximarnos: observemos un arrecife de coral y, al margen de los avances de la ciencia que hoy nos permite aceptar que se trata de un fósil de origen animal, imaginémonos cuál fue la primera representación que de éste se hizo el humano; si afirmamos que el proceso cognoscitivo se inicia objetivando lo observado con fines prácticos, lo que se aprehendió de lo observado fue que se trataba de un material sólido de características pétreas, maleable, de colores agradables a la vista y susceptible de ser transformado en objetos ornamentales, sin diferencia en su objetualización con un rubí, dando a ambos lugar en el género de las piedras preciosas, es decir ambos objetos pertenecientes al reino mineral. ¿Cuándo se superó el error? Seguramente cuando se descubrieron los que creían yacimientos de coral, decenas de siglos más jóvenes y se observó en ellos crecimiento y reproducción; entonces, el objeto conservó el valor original de la representación por sus fines prácticos, sin embargo, se mudó objetualmente de género, ubicándolo en el reino vegetal, creencia aún muy difundida en mentes profanas; finalmente la ciencia y su hija predilecta, la técnica, permitió mediante el uso de avanzados instrumentos de óptica que permiten ampliar miles de veces la visión, llegar a la espina y estudiarla; aunque por el momento se conservó, como antes, el valor original del objeto con fines prácticos, se vinieron por tierra, otra vez, las teorías que lo sostenían como vegetal para establecerse, objetualmente, con ánimo de estabilidad, su pertenencia al reino animal y el carácter de colonia de su forma de vida.

Que la espora, la colonia y el arrecife de coral, nos sirvan para continuar nuestras reflexiones, aunque lejos aún del humano, el cuerpo social, la sociedad y el derecho, pero encontramos ya una primera analogía que nos puede ser útil, la espora singular del coral y el sujeto humano singular, ambos seres vivos, integran dialéctica e indisolublemente un cuerpo distinto del suyo; interroguémonos si puede la espora vivir fuera de la colonia; si una colonia es la suma simple de millones de esporas o si aquella se sujeta a leyes distintas que ésta; cómo, cuándo y por qué se multiplican las colonias y, finalmente, por qué mueren y se fosilizan. Preguntas suficientes para escribir algunas tesis doctorales de biología marina que no es nuestra intención, ni nuestra disciplina; sin embargo, podemos responder a todas ellas valiéndonos de un objeto ideal: las leyes de la naturaleza orgánica del coral que la observación experimental nos proporciona y extraer una máxima básica, útil para nuestra ulterior reflexión: la realidad fenoménica orgánica se sintetiza en leyes que la explican, leyes de la naturaleza que no son los fenómenos, sino apenas la aproximación a éstos, sirviéndonos de la razón derivada de la experiencia, veleidosa cooperadora necesaria de la ciencia.

En el campo de estudio del derecho, se nos presenta una seria dificultad por su carácter instrumental ampliamente desarrollado; podemos afirmar que el derecho como técnica ha superado en demasía los conocimientos científicos del fenómeno jurídico, constituyéndose en un obstáculo para su aprehensión; la ciencia abandona la investigación del fenómeno jurídico como esencia de las diversas manifestaciones del derecho, “(la) esencia (eidos) es un objeto de nueva índole. Así como lo dado en la intuición individual o empírica es un objeto individual, lo dado en la intuición esencial es una esencia pura” (Husserl, E. 1962 p 21), para considerarlo y hacer de éste, no más que una herramienta al servicio de los intereses y objetivos inmediatos de los grupos que aspiran o detentan el poder sobre los cuerpos sociales y la sociedad. No pretendemos con esta última expresión sembrar mojón alguno para trazar desde él una línea maniquea político ideológica; que en el seno de los cuerpos sociales los individuos forman grupos en torno a los más diversos intereses e identidades es una proposición válida y corroborable empíricamente; igualmente lo es el que estos grupos, y los individuos en los grupos, interactúan entre sí y proyectan sobre el cuerpo

social su autoridad e influencia, sobre esto volveremos después, por ahora nos interesa continuar desarrollando el argumento que explica el por qué se centra la atención epistémica en la instrumentación del derecho y no en su esencia, llegando en la actualidad reciente, concretamente a partir de la segunda mitad del siglo pasado, en el contexto de un desarrollo social que ya no alcanza en los límites territoriales o culturales de la soberanía, a construir conceptos y formular teorías que en buena parte se fundan en expresiones que de hecho pertenecen al plano eidético del derecho, pero sin llegar a descubrir éste en su plenitud; tal es el caso, por ejemplo de la teoría de los derechos humanos que parte del reconocimiento de aspiraciones innatas del sujeto singular en convivencia; a la vida, hecho biológico, se la califica como un derecho; en el entendido que es una aspiración del sujeto, en convivencia, que su existir biológico sea respetado por sus pares; igual, todo sujeto en convivencia aspira a ser considerado valioso en su individualidad, al menos tan valioso como cualquier otro, pero como la consideración es de tipo comparativo, se establece como referente para la correspondiente tasa, el derecho formal que es el formulado por el Estado; así, la igualdad como derecho requiere de la promulgación de un derecho previo que intervenga en el plano de la convivencia, para reconocer la igualdad de las personas ante la ley como un derecho fundamental, como el derecho a la vida que irónicamente es posterior a la prohibición de matar. La convivencia, decíamos, es el ámbito de creación y límite de la libertad, el sujeto aspira a poder actuar y moverse, con y entre el resto de los sujetos, sin restricciones, la libertad es entonces aspiración que se reconoce también como derecho; ahora bien, la objetivación del respeto a la vida, la igualdad y la libertad, cuyas infracciones en la convivencia natural originaria, son casuística de excepción, se plantean como reglas generales, porque la convivencia natural originaria, en tanto cuerpo monogrupal, se complica y complejiza en la medida en la que el cuerpo social se complejiza y los intereses grupales amenazan las aspiraciones individuales o de grupos débiles. Si el cuerpo no generara reacciones para restablecer un orden mínimo de convivencia, y si no reconociera en el mismo cuerpo, órganos para administrar esas necesarias reacciones, la condición unitaria del cuerpo se debilitaría, con riesgo incluso de disolverse; así surgen en los cuerpos sociales el concepto de autoridad y las instituciones que la ejercen.

Al llegar a este punto emerge, en el plano de la historia, la figura del jefe; el jefe es esencialmente aquel *que sabe* (lo que otros no saben). El saber es el presupuesto del mandar. En una primera fase, la posición del jefe es paralela a la posición del sabio, que descubre, mediante las leyes, el orden de la naturaleza: lo que quiere decir que el jefe no puede formular leyes sino las ha descubierto observando la historia. En este sentido he dicho varias veces, refiriéndome al significado original de obediencia, que el jefe no puede mandar si no obedece. Tanto el sabio como el jefe, desgraciadamente, pueden equivocarse; si se equivocan, la naturaleza misma o la historia se encarga de corregir sus errores. (Carnelutti, F. 1971 p 12)

Es necesario aclarar que hemos venido usando el concepto de *cuerpo social* intencionalmente, para distinguirlo del de *sociedad*, porque aunque no son ajenos y pudieran considerarse afectos por algún grado de sinonimia, por el primero tratamos de comprender tanto las formas originarias, propias del salvajismo tardío en la antigüedad de la humanidad, como las manifestaciones grupales que los sociólogos califican de subculturas; el cuerpo social es la manifestación no evolucionada de la convivencia, mientras que la sociedad es su forma más avanzada.

Si admitimos que los cuerpos sociales pertenecen a la realidad orgánica, biológica para ser explícitos, tenemos que reconocer que su objetivación debe sintetizarse en leyes naturales capaces de explicar su surgimiento, crecimiento, reproducción y, por qué no, su disolución, en tanto fenómenos históricos.

4. El individuo y el cuerpo social: su dialéctica interna

En su individualidad el ser humano, naturalmente gregario, se extraña de su propio entorno; además del entorno propio del cuerpo social que lo es también del individuo, el cuerpo social al que pertenece es entorno del individuo, en él se reconoce igual y distinto de sus semejantes; en y desde su entorno, el individuo genera conocimientos; se interroga sobre sí y sobre el entorno, explora y construye explicaciones, las desconstruye y reconstruye sistemáticamente en la medida en que amplía sus conocimientos, desde los fenómenos que observa; y, desde su nivel más o menos

precario o científico de sus estos, se bifurca su actividad cognoscitiva, en una dirección, aplica sus conocimientos para dominar y transformar la naturaleza, para resolver la problemática material de subsistencia y de satisfacción de las necesidades vitales, suyas y de la grey; en otra dirección, aporta a la construcción colectiva de la cosmovisión del cuerpo social al que pertenece, en él que originariamente se generan mitos, tabúes y tradiciones; y luego, a partir de la esencia objetiva subyacente de estos, genera valores y antivalores que son asimilados a la manera de consensos sociales, organizados jerárquica y funcionalmente; así los cuerpos sociales se dotan de un núcleo ideal ético común intolerante, que se sabe inalcanzable y en consecuencia inexigible coactivamente.

El núcleo ideal es un paradigma ético y genera una fuerza atractiva pero a su vez centrífuga que, por inalcanzable y carente de coactividad, da lugar a un revestimiento místico, siempre de dimensión metafísica, al que se atribuyen cualidades que dulcifican el rigor del paradigma ético, contactando proyectivamente al sujeto y sus conductas con la divinidad y, desde ésta, expurgado, se religa con sus congéneres, a manera de revestimiento de contención, se construye un sistema religioso (*re-ligare*), que a diferencia del núcleo ético inalcanzable e intolerante conceptualmente, adopta matices de tolerancia no esenciales, es decir, no contradictorios en esencia con el ideal, de tal manera que los individuos y los grupos que estos integran dentro del cuerpo, puedan sentirse cumpliendo con los deberes que emanan de los valores y realizándose en estos, como aproximación al ideal nuclear ético; este sistema religioso de fuerza mística, bajo determinadas situaciones de desviación conductual de los márgenes de tolerancia, sobre todo en las sociedades primitivas se manifiesta coactivamente en el plano material; de hecho en las culturas occidentales, la llamada Edad Media se caracterizó por el ejercicio del poder coactivo, desde las instituciones religiosas y en otras culturas este poder es aún dominante.

Las sociedades fundan sistemas religiosos y desde estos proyectan una visión y una misión histórica proyectada del pasado, no siempre objetivo, cargado de simbología místico mitológica, al futuro del cuerpo social y, evolucionan, generando un tercer círculo concéntrico externo, de naturaleza política, con límites de máxima tolerancia

a las desviaciones conductuales respecto del núcleo ético, en él que los individuos forman grupos a partir de sus intereses, su lugar en la división del trabajo, sus lazos afectivos y familiares, sus propios antecedentes genético étnicos; estos grupos tienen entre sí distintos puntos de contacto, son parte del cuerpo y sobre él se proyectan; los individuos incorporados a los grupos interactúan entre sí y fuera de sus grupos naturales, sirviéndose y limitándose por la relativa fuerza del grupo, sometiendo a otros individuos o grupos, o bien sometándose, sin que tales sumisiones supongan asimilaciones o pérdida de identidad, sino renunciaciones o reservas temporales, expresas o tácticas, relacionadas con su grado de fuerza; este círculo fenoménico de la política, si bien se caracteriza por su máxima tolerancia respecto del núcleo ético y del revestimiento religioso de contención, sigue estando bajo el signo de la fuerza centrífuga de aquel, al cual se subordina y sirve, y sobre el que ejerce una fuerza centrípeta.

La máxima tolerancia del círculo político, permite la comprensión y tratamiento de las derivaciones conductuales, dotándose de instrumentos de poder fáctico, para someter a individuos y grupos en el límite de la máxima tolerancia permitida y genera una fuerza de sentido contrario, centrípeta, respecto de la centrífuga del núcleo, estableciendo límites objetivos: conductuales y territoriales que dan forma y cohesión al cuerpo social desarrollado; del establecimiento de estos límites objetivos surgen tres categorías: Estado, norma conductual y soberanía.

En el contexto del equilibrio de las fuerzas centrífuga del núcleo ético ideal y centrípeta del círculo político objetivo, se manifiesta la eidética del derecho como fenómeno jurídico cuya función inmediata es política, de convivencia, y su función ulterior es, o debe ser, de proyección ética, en atención al núcleo paradigmático del que no pueden separarse; el fenómeno jurídico legitima el poder y el control político que es ejercido por el grupo o los grupos dominantes en la sociedad; en el seno de los grupos, se “profesionalizan” los individuos que sin dejar de pertenecer a aquellos y precisamente por pertenecer a aquellos, pasan a integrar un grupo especial dirigencial que suele ser identificado como “clase política”; en el desarrollo del fenómeno jurídico, la clase política observa a la sociedad y el estado de los intereses de los grupos

dominantes, creando objetos ideales de carácter instrumental, para describir y dotar de imperio a sus instituciones, así como para establecer objetivamente normas conductuales y las sanciones que su inobservancia acarrea; el lenguaje utilizado por la clase política en la descripción y objetivación de las manifestaciones del fenómeno jurídico, es esencialmente simbólico, tal cual el que se expresa en la dimensión del fenómeno religioso, pero a diferencia de éste, cuyo sentido y sintaxis es iniciática mística, el lenguaje jurídico es vulgar, porque sus destinatarios son todos los individuos en los límites de la soberanía y está, en consecuencia, afectado de la ambigüedad y vaguedad de este lenguaje.

Atrae a nuestro estudio el fenómeno jurídico y sus exteriorizaciones que consideramos ontológicamente pertenecientes a los objetos reales, por ser cualidades de los cuerpos sociales en los que las relaciones entre individuo y cuerpo son insolubles y dialécticas: no hay posibilidad material de la existencia de cuerpos sociales sin individuos que lo formen; no hay posibilidad material de la existencia de individuos fuera de los cuerpos sociales; los cuerpos sociales surgen en la naturaleza y fenoménicamente su existencia depende de la existencia, a manera de sistema integrado de esos tres círculos concéntricos: el núcleo que expulsa conductualmente, con fuerza centrífuga a los individuos pero que los atrae idealmente; el círculo religante de revestimiento y contención mística que ofrece a los individuos un área de confort conductual; y, el círculo externo de fuerza centrípeta que mantiene y vivifica coactivamente, con límites de máxima tolerancia y sanciones efectivas al cuerpo social.

La clase política, operadora del círculo externo en los cuerpos sociales, ha logrado dominar instrumentalmente la ley, separándola incluso de su función integradora del cuerpo social, en búsqueda de logros particulares e intereses de grupos dentro del cuerpo social, alejándola o desvirtuando el ideal paradigmático nuclear, trayendo como consecuencia el peligro de disolución del cuerpo social; el Estado, como conjunto sistémico de instituciones proyectadas hacia el círculo interior, se deslegitima en la medida que su visión del ideal se aleja o distorsiona, generando multiplicidad superpuesta de sistemas de integración social que son síntomas de la

disolución social que apenas logra ser contenida por la soberanía territorial y la fuerza fáctica de los cuerpos superpuestos.

5. Causalidad; libertad y responsabilidad: pérdida de la cualidad resiliente del derecho

Francesco Carnelutti (1971 pp 9-14), más conocido por sus aportes a la teoría del proceso jurisdiccional que como filósofo del derecho, reflexiona respecto de las leyes de la naturaleza y, las que llama, leyes de la historia, considerando comprendidas dentro de este concepto las leyes jurídicas, las que clasifica y distingue como de derecho natural y de derecho positivo; parte del hecho que ambas, naturales y de la historia, enuncian, en su estructura, “una vinculación necesaria entre algo que viene antes y algo que viene después”; critica la extendida fórmula que sostiene, “hasta el punto de hacer superfluas las citas... que mientras la ley natural describe *lo que es*, la ley jurídica estatuye *lo que debe ser*”, fórmula que califica de *slogan* fútil. “El *deber ser* – dice-, significa en efecto, conjuntamente un *no ser* y un *llegar a ser* lo que todavía no es”, y asimila la relación causa efecto que se predica de las leyes de las ciencias empíricas, con la relación entre “potencia y acto”;

...observamos en esta relación algo que llega a ser mientras todavía no era; y esto no es otra cosa que el devenir. Pero ¿a qué conciernen las leyes naturales sino al devenir? Así pues, si también las leyes naturales enuncian el deber ser, desaparece la pretendida diferencia funcional entre estas leyes y las leyes del derecho (p 10).

El antes y el después, considerados causa y efecto, corroborados como una variable estable, permite enunciar una ley de la naturaleza; ahora, se pregunta Carnelutti, si esa variable “¿se puede apreciar también en la historia?”; es decir, en la vida de los cuerpos sociales y las sociedades.

A tal pregunta se suele dar una respuesta negativa porque, mientras la naturaleza está regida por la causalidad, la historia es, en cambio, el campo de la libertad; se suele decir así, con palabras corrientes, que el hombre, a diferencia de las cosas, se puede sustraer al orden. Es verdad: el hombre es el único entre las criaturas que nos es dado conocer,

que ha recibido ese trágico don. Por vía del mismo, la apariencia es que en la historia no se manifiesta el orden; la historia, a diferencia de la naturaleza, parece una madeja enredada, que no se deja devanar (p 11)

No obstante la veracidad de la premisa que resultaría irrefutable para construir el argumento de que el derecho no pertenece a la naturaleza porque en sus leyes está ausente la causalidad, siendo así que el albedrío del sujeto humano impide el establecimiento de esa variable estable y regular característica de las leyes naturales; a este respecto, huelga decir que los fenómenos de la naturaleza, descritos en las leyes que el intelecto logra aprehender, son de muy diversas características, tantas como fenómenos sea posible observar y aislar diferenciadamente y de distintas intensidades cíclicas; sólo cuando un fenómeno logra ser aislado en plenitud, tanto en el espacio como en el tiempo, las variantes regulares observadas pueden ser consideradas leyes del fenómeno. La vida de los cuerpos sociales, desde su aparición originaria y sus formas superiores, las sociedades, hemos dicho, siguiendo a Morgan, cuenta casi doscientos mil años, siempre han estado presentes en estas formas de vida los elementos convivencia, orden, libertad y responsabilidad; y, si nos auxiliamos de la antropología, siguiendo la misma ruta que trazó Engels en su ya citado ensayo, “El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado”, encontraremos, como explica Carnelutti:

lo que ocurre en el campo de la libertad: Hay hombres que, ciertamente se rebelan al orden; pero otros, a su vez, se rebelan a aquella rebelión; y la experiencia enseña que, poco a poco, la reacción de estos se hace cada vez más eficaz, constante y segura; tan eficaz, constante y segura de referirse al concepto de la ley natural en el sentido de que el orden termina por afirmarse también en el plano de la historia lo mismo que en el plano de la naturaleza y precisamente por virtud de aquella libertad que parecía contradecirlo. La verdad es que no es la libertad de uno, sino la libertad de todos, la que hace la historia; y no se pueden tener en cuenta las acciones tendientes a infringir el orden prescindiendo de aquellas que tienden en cambio a restablecerlo. Lo que ocurre mediante la *responsabilidad*. (p 11)

Discrepamos de Carnelutti solo en cuanto su visión resulta bucólica y poco crítica; que la reacción resultante del ejercicio de la libertad colectiva o grupal sea “cada vez

más eficaz, constante y segura” no es, lamentablemente, objetiva; precisamente porque dado el carácter instrumental, altamente desarrollado del derecho, ha sido y es manipulado por los grupos que pugnan por el poder y la por clase política en general, mientras es desatendida epistemológicamente la esencia del fenómeno jurídico, que de ser adecuadamente atendida y aprehendida, permitiría una instrumentación, digamos, más racional, o verdaderamente resiliente del derecho; este desbalance, generado por la dialéctica misma del conocimiento, ha impedido, prácticamente desde el surgimiento de la *polis*, en la edad antigua, que frente a las complejas perturbaciones del orden de convivencia entre iguales, provocadas intencional o accidentalmente desde la instrumentación del derecho, que opere la resiliencia social, función de esa “secreción espontanea de la sociedad” de la que habla Ortega; no estamos diciendo que no haya manifestaciones de resiliencia natural, lo que estamos afirmando es que al no llegar a aprehender la esencia del fenómeno jurídico y comprender la función que ejerce el derecho en la naturaleza, como amalgamante y resiliente de sociedades sanas; su instrumentación por el poder y para el poder, tiende a generar descompensación e insostenibilidad en el aprovechamiento de los recursos del entorno, asimetría económica por las formas de apoderamiento de los bienes, corrupción en las instituciones públicas y descomposición en el ámbito de la convivencia; provocándose cada vez más graves contradicciones en las condiciones de vida y de acceso a los beneficios de la técnica, segmentación social de profundísimas brechas, tensiones y reyertas intergrupales, guerras civiles para acceder al poder, guerras nacionales por motivos fútiles y totalmente ajenos a los sujetos que las luchan, pero que sirven tanto de válvulas para liberar presiones internas, como para extender la influencia del poder más allá del ámbito territorial, supuesto límite físico de la soberanía del cuerpo o sociedad a que pertenece; y, finalmente, provocando primero, conflagraciones internacionales devastadoras como las vividas en la primera mitad del siglo XX y más recientemente, en la misma escala internacional, confrontaciones de signo religioso-civilizacional de pronóstico reservado; al interior de las sociedades y superpuestos a sus instituciones, surgen grupos que ejercen a su vez poder y fuerza sobre individuos, otros grupos y la sociedad en su conjunto que desconocen el orden positivo e imponen, o tratan de

imponer, en función de sus intereses económicos, su propio ordenamiento, de tal manera que se llega ya a teorizar sobre tal situación, bajo el concepto de Estados fallidos; efectos todos, tristemente coincidentes con la que hoy parece profética teoría de Robert Malthus.

El cuadro de la vida humana que aparece en este ensayo está impregnado de melancolía; pero el autor tiene conciencia de que estos sombríos tintes están en la realidad y no provienen de un estado de espíritu decaído o de un carácter más o menos amargado...

Si consiguiese llamar la atención de los hombres más capaces sobre lo que considera ser el principal obstáculo en el camino del perfeccionamiento de la sociedad, y contribuyese así a su eliminación, aunque sólo fuese en el plano teórico, se retractaría, con sumo agrado de sus actuales opiniones, hallando motivos de profunda alegría en el reconocimiento del error. (Malthus, R. s/f p 45)

6. Las propuestas paradigmáticas de los dos últimos siglos

En los últimos doscientos años, desde la filosofía, a partir de la intuición kantiana del apriorístico conductual, hasta la eidética de Husserl; y, desde la política, a partir de la emergencia triunfante del liberalismo burgués, hasta la transnacionalización de los Estados, los Estados fallidos y los Estados superpuestos, se han formulado distintas teorías explicativas del derecho, pretensoras fundacionales de paradigmas que han acusado al fin, su precaria solidez; los neopandectistas, al amparo de la avasalladora fuerza de Napoleón, irrumpieron en el siglo XIX con su legislación civil, dictada desde el poder, por el poder y para el poder, resolviendo el dilema acuciante que había sumergido a Francia en el caos y la anarquía y contagiado en su vorágine a los Estados nacionales europeos por casi un cuarto de siglo, luego que con la guillotina, administrada arbitrariamente por los jacobinos de Robespierre, se completara el asalto a La Bastilla en el exterminio del *Ancient Regime*, al dotar al ciudadano, sujeto amorfo, protagonista sin historia surgido de la revolución liberal burguesa, de un catálogo de derechos, de los que carecía antes de los eventos que culminaron con el absolutismo monárquico, imponiendo un modelo positivista, que el emperador

pretendió universalizar, con algún grado de éxito; frente a este proyecto expansionista, se erigió en defensa de la identidad nacional, la escuela historicista alemana de Savigny, sosteniendo que el derecho se funda en la idiosincrasia de los pueblos (el espíritu del pueblo), rasgo naturalista, logrando al menos en Alemania y las naciones bajo su influencia cerrar sus fronteras al *Code*, pero sin negar la función del Estado en la creación y validez del derecho, rasgo positivista; este modelo híbrido, por lo mismo, fue y ha sido, merecedor de las más elaboradas etiquetas conceptuales: “criptoiusnaturalismo, positivismo científico-jurídico, iusnaturalismo conceptualista, iusnaturalismo metafísico-historicista o iusnaturalismo tácito” (Gómez García, 1999 p 253); agregado a esto, en la configuración de las sociedades, el fenómeno de la revolución industrial contribuyó al surgimiento de una nueva clase social, el proletariado asalariado que abarrotó con su miseria los centros industriales, dotando de una nueva fisonomía a las taciturnas ciudades señoriales y de una nueva dialéctica el estado de convivencia en ellas.

El siglo XX, signado en su primera mitad por dos conflagraciones mundiales que cambiaron el mapa geopolítico euroasiático, se caracterizó en el ámbito de la doctrina jurídica, por la pugna entre una visión aséptica y antiaxiológica del derecho que desprecia incluso, por su relatividad, la justicia; y otras corrientes propendentes a la comprensión de valores metajurídicos; la primera, tuvo a su máximo exponente en Hans Kelsen, fundador de la Teoría Pura del Derecho que sostiene que sólo es derecho el que emana del Estado, éste, al fin y al cabo concebido y fundamentado en el derecho; la teoría se funda en una aporía: si el Estado es la fuente del derecho y el derecho es el generador y modelador del Estado ¿cuál es el *prius* causal y cuál el *posterius* consecuencial?; Kelsen apuntala su teoría en una jerarquización normativa que supone en su vértice una norma suprema (¿la constitución?, ¿el derecho internacional?), que resulta, al fin y al cabo, un mal disfraz del apriorismo metafísico de Kant. Su célebre conferencia de despedida, en 1952, de la Universidad de Berkeley, donde atracó sus naves y quemó las velas, luego de navegar su exilio, iniciado en 1933 con la ascensión nazi al poder en Alemania, inicia con esta lapidaria afirmación (1992 p 9) “La justicia es ante todo una característica posible pero no necesaria de un orden

social”; es decir, considera orden social no ese “medio ambiente natural específico de los seres humanos” que define Savater (2003. pp 25-26) y que según Ortega y Gasset, “de suyo, e ineluctablemente, segrega éstas costumbres, usos, lengua, derecho, poder público (2005 p 45), sino al conjunto simple de individuos, sin historia y sin cultura, regidos por una institución que se autoatribuye coactividad y prescribe las conductas que sanciona.

Entre otras teorías en pugna con el rechazo al contenido axiológico del derecho, merecen mención la Ecológica de Carlos Cossio y la Tridimensionalista de Miguel Reale. La Ecológica, se funda en cuatro proposiciones: la ontología jurídica, la lógica jurídica formal, la lógica jurídica trascendental y la axiología jurídica pura, de las cuatro, dice el autor, Kelsen aporta la lógica jurídica formal (Cossio, C. 1948 p 67); por su parte, el tridimensionalismo, atribuido a Reale, tiene como soporte teórico “el historicismo idealista italiano, el raciovitalismo ortegueano, la fenomenología, el egologismo existencial y las tendencias tradicionales del iusnaturalismo actualizadas por la filosofía contemporánea” (Pisi de Catalini, M. 1992 p 66), teniendo como antecesores, según Pisi de Catalini (1992, p 67) a Radbruch, Jerome Hall, Norberto Bobbio y Recasens Siches, el tridimensionalismo se origina de un planteamiento bidimensional; en palabras del propio Reale, citado por Pisi de Catalini:

El Derecho sólo puede ser comprendido como síntesis de ser y deber ser. Es una realidad bidimensional de sustrato sociológico y de forma técnico jurídica. No es pues un puro Derecho o pura norma sino el hecho social en la forma que le da una norma racionalmente promulgada por una autoridad competente según un orden de valores.

Luego, evoluciona el *ser y deber ser* tridimensionalmente, mediante la fórmula “hecho, valor y norma”.

En esta pugna de ideas, probablemente debido a un mejor planteamiento sistemático y facilidad de comprensión, lamentablemente se erigió triunfante ya no la Teoría Pura, sino un positivismo a ultranza que está incardinado en las universidades, dando pie a generaciones de profesionales formados en los rasgos más obtusos de esta escuela y como consecuencia en los ámbitos primarios, de las operaciones jurídicas básicas: formulación y aplicación del derecho. Werner Goldschmidt, en un muy breve

artículo publicado en 1973, (2015) lo califica de nihilismo; en este artículo, que por breve es denso, Goldschmidt expresa de que positivismo termina con el jurista y con la seguridad jurídica, porque:

La justicia del establecimiento y del funcionamiento de la norma queda como objeto acientífico fuera del ámbito de cualquier ciencia, no sólo del de la ciencia jurídica... Los autores de normas, con el pretexto de la acientificidad de la justicia, se ven exentos de la obligación de justificarlas dikelógicamente... los aplicadores de normas, dada su esencial multivocidad, y de nuevo exentos del deber de justificar dikelógicamente su elección hermenéutica, poseen también la oportunidad de escoger la interpretación políticamente favorable de la que hacen uso con excesiva frecuencia...

En la segunda mitad del siglo XX, irrumpe en el escenario de las construcciones paradigmáticas, la teoría de la argumentación, cuyos precursores, según Manuel Atienza (2007), uno de sus actuales cultivadores exponente, son Edward Levi, Theodor Viehweg, Chaim Perelman y Pero Toulmin; como su denominación lo indica, el eje de la teoría es naturaleza lógica, pero no se trata de la lógica deductiva cartesiana, que de plano rechaza, sino de un nuevo modelo en él que prima la idea de “reivindicar el interés que para la teoría y la práctica jurídica tenía (tiene) la resurrección del modo de pensar tópico o retórico” (Atienza, M. 2007 p 29); se trata de una concepción dinámica del derecho que se aprovecha de la ambigüedad del lenguaje en que se expresan, en general, las normas positivas, para abrir a la interpretación las puertas del consenso social.

Los pasos son los siguientes –dice Levi, citado por Atienza-: primero se descubren semejanzas entre los casos; luego la regla de derecho implícita en el primero se hace expresa: por último, se le aplica al segundo. Se trata de un método de razonamiento necesario para el derecho, pero que posee características que en otras circunstancias podrían ser consideradas imperfecciones... las categorías usadas en el proceso jurídico tienen que permanecer ambiguas para permitir el ingreso de nuevas ideas... las ideas de la comunidad y de las ciencias sociales, correctas o no, a medida que ganan aceptación en aquélla, controlan las decisiones.

Otra ruta, más coincidente con nuestro sistema de derecho escrito, pues Levi basa su planteamiento en el sistema del *common law*, pero que parece llegar al mismo punto,

es la “que Jorgen Jorgensen propone en *Imperativer og Logik* para salvar el dilema (que consiste en construir una ‘lógica de las descripciones de mandatos’” (Alarcón, C. 2000 p 141); el dilema que se pretende resolver mediante esta nueva lógica es el que se presenta al momento de operar los casos concretos a partir de la norma positiva, que por su naturaleza constituye un imperativo y que los imperativos no pueden ser considerados premisas de un argumento, por cuanto de ellos no es posible el predicado de verdad o falsedad; las normas jurídicas, explica Jorgensen, contienen dos factores de distinta naturaleza, uno “neústico” llamado así por Richard Hare, según Alarcón, que es el imperativo; y otro “frástico”, descriptivo apofántico; ambos factores deben ser aislados cuando se trata de aplicar el derecho y el frástico, debe ser contrapuesto y combinado con el resto de frásticos contenidos en el sistema para encontrar la respuesta adecuada. (Alarcón C. 2000 pp 140-145)

7. Necesidad de una aprehensión científica del derecho y de una técnica instrumental resiliente del derecho

La teoría de la argumentación goza actualmente de buena salud y entabla combate con el positivismo; representa en buena medida, al menos en la intención de sus fundadores, una tendencia rehumanizante del derecho; sin embargo, a nuestro parecer, no termina de descubrir la esencia misma del fenómeno jurídico, quedándose apenas en una redefinición de la norma, en su plano y alcance interpretativo, como objeto de estudio del derecho y aunque atiende a los consensos, como base de la convivencia, sigue respetando como cotos inviolables la soberanía de los Estados nacionales y la supremacía de un sistema normativo que se funda en una ficción: la persona, la que a pesar de ser eso, una ficción, cuando mucho un objeto ideal, la coloca como el eje sobre el que orbita el derecho; es cierto que también se corresponde a la segunda mitad del siglo XX el reconocimiento de la personalidad como inherente al ser humano y que en virtud de tal declaración universal, todo sujeto humano es reconocido como persona; pero si hoy reconocemos en cada humano a una persona, resulta que, precisamente por su naturaleza de ficción, existen muchas otras entidades que sin ser humanos son personas y que siendo la persona, en palabras de Kelsen, “el

centro de imputación de la norma”, esas entidades ficticias deambulan entre los humanos, como *zombies* de tira cómica o serie televisiva, trastocando la convivencia humana; por otro lado, la teoría de la argumentación es débil también respecto de muchos otros objetos merecedores de conductas respetuosas, porque el derecho, en la convivencia, es respeto; muchos de esos objetos que se nos revelan y de los que nos aprovechamos, carecen de titulares como bienes y son objeto de uso y abuso por parte de personas, en su mayoría, sino la totalidad, no humanos, tales como las empresas transnacionales y los mismos Estados, en su interacción con el medio ambiente y la sostenibilidad planetaria; es de justicia reconocer que ya, en la comunidad científica, hay quienes se atreven ya a hablar de derechos metapersonales.

Conclusiones

La esencia del derecho es el fenómeno jurídico; el fenómeno jurídico, tanto como la religión y la política, pertenece al mundo real; el derecho es generación, no espontánea, sino orgánica de los cuerpos sociales y tiene, respecto del cuerpo social una función natural resiliente. Los cuerpos sociales y la sociedad, deben ser considerados entidades orgánicas, biológicas para más precisión y, en consecuencia, ser estudiados como tales; los cuerpos sociales y las sociedades como su forma superior evolutiva, son el medio ambiente natural de vida, crecimiento y desarrollo del sujeto humano.

La función orgánica del derecho es la resiliencia de los cuerpos que lo segregan; pero, lamentablemente, el conocimiento del derecho se ha centrado y detenido en la técnica de su instrumentalización, sin prestar la debida atención epistémica a su naturaleza y función natural, desarrollándose, como técnica, en interés del poder y los grupos que lo detentan, desvirtuándose en su función; respecto de la política y su aprehensión cognoscitiva, como potencia de contención del cuerpo social, en interés del bien común, y ámbito de desarrollo del fenómeno jurídico, generador del derecho, también se ha privilegiado, su instrumentalidad en interés del poder; si el poder, como cualidad de la política, es naturalmente un medio que debe servir a ésta, en interés del cuerpo social, para garantía de su desarrollo y lograr el bien común, se ha

transformado en un fin: el poder por el poder, el bienestar del grupo que lo detenta, desplaza y se superpone al bien común, pervirtiendo así las funciones tanto de la política como del derecho, porque lejos de constituirse el poder que se genera en la política, en fuerza para garantizar la resiliencia del derecho, el derecho y la política se han manipulado en interés del poder.

Para volver las cosas a su sitio, al que volverán de una u otra forma por la función reilente del derecho; pero, para incidir en que las cosas vuelvan a su sitio, sin esperar a que la naturaleza misma se encargue de hacerlas volver de forma inexorablemente dolorosa, es necesario que la comunidad científica toda, no es este un asunto sólo de juristas iniciados, ni de retóricos trasnochados, vuelva la vista y preste atención a ese huidizo objeto que es el derecho en todas sus manifestaciones, sobre todo en las más simples que son fuente de bienestar inmediato. Ignacio Ellacuría, el ejemplar jesuita martirizado en El Salvador en 1989, reflexionaba apenas seis meses antes de su muerte:

No se consigue, por tanto, el bien común buscando el bien de cada uno, de modo que aquél sea la suma de todos estos. El bien de todos, cada uno por separado, no es el bien general, no es el bien común...

Todo esto es ya muy importante, pero no nos dice lo que pasa en la realidad con el bien común... Lo que en realidad se da es el mal común...

Hablamos de un mal común, por lo pronto, cuando se trata de un mal reconocido, que afecta a la mayor parte de las personas... Pero esto no es más que una primera aproximación pues estaríamos más bien ante un mal de muchos que ante un mal común. Para que se de un mal común, que como condición previa tiene que ser el mal de muchos o de la mayoría, se requiere que esos muchos se vean afectados por el mal en razón de la comunicabilidad de ese mal... Llegamos así a un tercer sentido en que aparece el carácter estructural y dinámico de eso que se llama con propiedad mal común: mal común será aquel mal estructural y dinámico que, por su propio dinamismo estructural, tiene la capacidad de hacer malos a la mayor parte de los que constituyen una unidad social.

...es de capital importancia hablar primariamente de estado de justicia y, sólo después, de estado de derecho, porque tras el estado de derecho puede ocultarse el mal común, la injusticia estructural e institucional. (Ellacuría, 1989)

La comprensión del fenómeno jurídico en su aspecto eidético no se logra estudiando categorías jurídicas e instituciones sistematizadas desde la ley, ésta, al fin y al cabo, pretende y debe ser a la inversa, sistematización de las manifestaciones sociales que requieren apoyo de la juridicidad y así deben ser estudiadas; la juridicidad debe ser administrada con cautela, como un preciado instrumento para mejorar la convivencia

y alcanzar el bien común, para esto es necesario nutrir al jurista en formación, al que operará técnicamente el fenómeno, desde el momento de sus primeras expresiones vocacionales, de conocimientos científicos interdisciplinarios; es necesario que antes de entrar en contacto con las disciplinas jurídicas instrumentales, tenga una visión sólida e integral del planeta y el universo, de la ciencia en general como resultante del conocimiento; es necesario, más que conveniente, que en su formación académica, el futuro jurista se relacione de manera integrada con conceptos que, aisladamente, serían objeto de la física y de la biología, para que comprenda el funcionamiento de los órganos vivos, y así, pueda entender que los cuerpos sociales pertenecen a ese ámbito; es necesario que cultive también las ciencias del espíritu, que conozca y comprenda la historia, la economía y la filosofía en general, que adquiera como competencia básica la capacidad de teorizar filosóficamente; que estudie la lógica como método de razonamiento y que, en su desarrollo, sea capaz de construir y desconstruir argumentos, que se ubique en su contexto como un operador social especializado en juridicidad, para servir en la resiliencia de la sociedad en que vive.

Retomando a Kuhn (2004, pp 13,32,38), su concepto de paradigma y su citado ejemplo, que basado en la investigación de la electricidad, le permite establecer cuando el conocimiento está maduro y es capaz de generar un verdadero paradigma; sin negar, como lo hace Kuhn, la cualidad científica de investigadores y estudiosos del derecho y la valía de los conocimientos que se han generado a lo largo de muchos siglos, podemos concluir enfáticamente diciendo que no está maduro aún el conocimiento del derecho, para que podamos afirmar su carácter científico, su objeto aún no ha sido aprehendido, si acaso se barrunta, ni existen teorías suficientes que nos proporcionen el paradigma necesario, que con carácter universal sirva de modelo “de problemas y soluciones a una comunidad científica”.

Referencias

- Abbagnano, N. (1999). *Diccionario de Filosofía* (3ª ed.). (A. N. Galletti, Trad.) Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Alarcón Cabrera, C. (2000). Imperativos y Lógica. Nota introductoria. En C. Alarcón Cabrera (Ed.), *Fenomenología, Semiótica y Derecho* (págs. 140-145). Sevilla: MAD.
- Atienza, M. (2007). *Las razones del derecho*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM).
- Carnelutti, F. (1971). *Derecho Procesal Civil y Penal I*. (S. S. Melendo, Trad.) Buenos Aires: E.J.E.A.
- Cossio, C. (1948). Panorama de la Teoría Ecológica del Derecho. *Universidad Nacional de Colombia. Revista Trimestral de Cultura Moderna*, 67-94.
- Dodds Berger, D. A. (2011). Paradigmas del derecho, reflexión y derechos sociales. *Derecho y Humanidades*, 99-111.
- Ellacuría, I. (21 de junio de 1989). El mal común y los derechos humanos. Recuperado el 02 de junio de 2016, de <http://www.uca.edu.sv/centro-documentacion-virtual/wp-content/uploads/2015/03/C05-c24-.pdf>
- Engels, F. (sf). El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. En K. Marx, & F. Engels, *Obras ecogidas* (págs. 471-613). Moscú: Progreso.
- García-Baró, M. (2015). *Husserl y Gadamer*. Madrid: Batiscafo.
- Goldschmidt, W. (15 de septiembre de 2015). www.int-privado.com.ar. Obtenido de www.int-privado.com.ar/.../el_positivismo_juridico_como_nihilismo.doc
- Gómez García, J. A. (1999). El problema del Derecho Natural en la doctrina historicista de F.K. von Savigny. *Anuario de filosofía del derecho*, 253-275.
- Husserl, E. (1962). *Ideas relativas a una fenomenología pura* (2da ed.). México: Fondo de Cultura Económica.
- Kelsen, H. (1991). *Teoría Pura del Derecho*. Ciudad de México: Porrúa.
- Kelsen, H. (1992). *¿Qué es la Justicia?* México D.F.: Distribuciones Fontamara.
- Kuhn, T. (2004). *La estructura de las revoluciones científicas*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Lorini, G. (2000). *Fenomenología, Semiótica y Derecho*. (C. Alarcón Cabrera, Ed.) Madrid: MAD.
- Lucena Samoral, M. (sf). *Su misterioso origen*. Recuperado el 11 de febrero de 2016, de Banco de la República - Colombia. Actividad cultural: <http://www.banrepcultural.org/node/21651#1>
- Malthus, R. (sf). *Primer ensayo sobre la población*. s/f: Altaya.

- Mann, C. C. (2005). *1491: Una nueva historia de las Américas antes de Colón*. Ciudad de México: Santillana.
- Ortega y Gasset, J. (2005). *La Rebelión de Las Masas*. Madrid: Espasa.
- Ortega y Gasset, J. (sf). *El hombre y la gente*. Libro dot.com. Obtenido de <http://www.librodot.com>
- Pisi de Catalini, M. (1992). *La teoría egológica de Carlos Cossio y el tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale*. Recuperado el 8 de diciembre de 2015, de <http://bdigital.uncu.edu.ar/4185>
- Platón. (sf). *La República*. s.c.: Nueva Acropolis.
- Recasens Siches, L. (1993). *Introducción al Estudio del Derecho* (Décima ed.). México: Porrúa.
- Romero Montes, F. J. (2014). EL HOMBRE, EL CONOCIMIENTO Y EL DERECHO. *Docentia et Investigatio*, 16(2), 97-107.
- Sarló, O. (2010). La gira sudamericana de Hans Kelsen en 1949. *Ambiente Jurídico*(12), 400-425.
- Sartre, J. P., & Valmar, J. (1993). *El ser y la nada*. Barcelona: Altaya.
- Savater, F. (2003). *El Valor de Elegir*. Ariel.
- Schadt, A. (1982). *Historia y verdad* (11a ed.). (I. V. Sanfeliu, Trad.) Ciudad de México: Grijalbo.
- Significados. (11 de junio de 2016). Obtenido de Significados: <http://www.significados.com/resiliencia/>
- Vallet de Goytisolo, J. (2004). Perspectiva histórica de las metodologías jurídicas. *Anuario de Derecho Civil*, 5-49.